

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS RECÍPROCOS (\*) (37)***

FRANCISCO FERRARI CERETTI

**SUMARIO**

I. Introducción. II. Opinión de los autores nacionales. III. Opinión de los autores franceses. IV. Análisis del fallo que se publica en la Sección Jurisprudencia. V. Responsabilidad de los notarios por el otorgamiento de actos contrarios a las leyes. VI. Conclusiones.

**I. INTRODUCCIÓN**

Los testamentos llamados conjuntos eran admisibles y conjuntos en nuestro país antes de la sanción del Código Civil. Comúnmente, entre cónyuges y, de especial manera, cuando no tenían descendientes. Esto rompía la idea de la individualidad, característica de nuestro Código.

El testamento es un acto eminentemente revocable, por lo que el otorgado conjuntamente ofrece el inconveniente jurídico y práctico de que, para dejarlo sin efecto, se requiere el conjunto de ambas voluntades.

El testamento debe ser un acto eminentemente libre, dependiente únicamente de la voluntad de su autor, circunstancia por la cual, como dice el codificador en la nota al art. 3618, Cód. Civil, no puede ser hecho en el mismo acto por muchas personas.

Un acto formado con el concurso de muchas voluntades, en general, no puede ser cambiado o modificado sino por el concurso de todas las voluntades que han intervenido en su formación.

Las disposiciones testamentarias libres e independientes, en su principio, deben permanecer esencialmente revocables a voluntad de su autor. Por tal motivo el art. 3824, Cód. Civil, dispone: "El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual".

Dice Vélez Sársfield en la nota a este artículo: "El testador aun no podrá, por una declaración expresa de voluntad, dar al testamento el carácter de irrevocabilidad". Tal cláusula vendría a hacer predominar una voluntad más antigua sobre una voluntad más reciente. Esto haría perder al testamento el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

carácter de acto de última voluntad, carácter que debe ser esencial en las disposiciones testamentarias.

En las leyes anteriores al Código se permitían las cláusulas llamadas de "cautela", que estaban previstas en las Partidas (ley 4, tít. 4, Libro 34 del Digesto) y en las leyes castellanas (ley 25, tít. 1, Partida 6ª), que establecían la irrevocabilidad; lo cual equivalía a convertirlo en irrevocable, según explican Girard, págs. 848 y sigts. y Trasbot, N° 706.

Tal declaración privaba al causante del derecho de modificar el acto. Esto es contrario a la libertad de testar, y al concepto de que el testamento es una disposición de última voluntad, haciendo prevalecer la anterior.

Y esto es lo que ha suprimido el codificador en el art. 3824, Cód. Civil, haciendo prevalecer, de este modo, el art. 3618, Cód. Civil, en cuanto a que la voluntad debe ser libremente expresada en un acto escrito, con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte (art. 3607, Cód. Civil).

La ley, como dice Vélez en la nota al art. 3618, prohíbe únicamente el testamento hecho por varias personas en el mismo acto.

Ningún impedimento existe para que dos o más personas convengan en disponer, cada una por su parte, en favor de un tercero o en favor del uno y del otro; pero, entonces cada uno queda legalmente dueño de revocar su testamento cuando le parezca conveniente.

## **II. OPINIÓN DE LOS AUTORES NACIONALES**

Para Llerena (1)(38), sólo debió prohibirse el testamento en el que las disposiciones de uno fueran la causa del otro, porque entonces no habría impedimento para que las disposiciones independientes pudieran ser revocadas.

Sostiene que algunos creen que el art. 3618 sólo se refiere a los testamentos hechos en favor de una sola persona, no a los de independencia de disposiciones, y dice: "puede ser que ésa haya sido la mente del codificador, pero no es lo que expresa la letra".

Según Segovia (2)(39), el artículo se refiere a la forma del acto, como dice Demolombe (3)(40) y Aubry y Rau (4)(41).

No se considera comprendido en la prohibición sino el testamento único, es decir, la doble disposición vaciada en un solo documento.

La redacción de ambos testamentos puede ser perfectamente idéntica y aun estar escritos en una misma hoja de papel - se sobreentiende -, en una misma hoja de papel, pero separado el uno del otro.

La validez o nulidad, como dispone el art. 951, Cód. Civil, será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren.

Y según el art. 18, Cód. Civil, los actos prohibidos no tienen valor si la ley no les asigna otro efecto.

Por su parte, Machado (5)(42) afirma que: El artículo prohíbe el acto cuando sea el resultado de obligaciones o de pactos anteriores, para conservar la espontaneidad y libertad que debe tener el testador, para poder revocarlo a su antojo.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

De donde resultaría que el acto no se invalidaría cuando el testamento se hubiera hecho en un mismo instrumento por dos personas que disponen libremente en favor de otras diversas, sin reciprocidad.

No es la forma conjunta lo que se prohíbe, sino el objeto que se proponen al ejecutar el acto, y tampoco el acto mismo es prohibido, dado que puede hacerse por actos separados.

Lo que la ley anula es la forma, con el objeto de heredarse mutuamente o de heredar a un tercero.

Por eso, cuando no fuera hecho con ese objeto, sería válido, y también lo sería si con ese objeto se hiciera en diferentes actos.

Tomado del art. 968, Cód. Civil francés, para Machado tenía razón de ser en esa legislación, pero no entre nosotros, que no hemos tenido la costumbre de hacer testamentos recíprocos o mutuos, y bastaba con disponer que los pudieran revocar independientemente, para que subsistieran como manifestaciones de voluntad.

Se apoya en Coin Delisle, que dice: "por ser mutuos los testamentos no perdían su carácter y permanecían revocables, pero al mismo tiempo existía un vínculo de mutualidad que el pudor y la buena fe impedían romper en tiempo inoportuno".

El Parlamento de Grenoble admitía que no pudiera ser revocado por uno sin dar aviso al otro. El de París rechazaba la revocación hecha sin una notificación previa al otro.

Esta disposición, en derecho francés, se encontraba en esta alternativa: si permitía revocar a voluntad el testamento mutuo, se violaba la fe de la reciprocidad; si se lo declaraba irrevocable, se alteraba la naturaleza del testamento, privándose de ser un acto de última voluntad, y por eso se privó de una forma que era incompatible con la buena fe y la naturaleza del testamento.

Pero, entre nosotros, no ha debido trepidarse en aceptarla, respetando la voluntad del testador, y dándole plena libertad para revocar su disposición.

Según esos principios, se debe restringir lo menos posible la voluntad del testador, y admitir, por consiguiente, cualquier testamento que no contraríe la disposición del artículo.

En primer lugar, Machado sigue sosteniendo que el testamento de dos o más personas no queda absolutamente prohibido, sino cuando sea hecho en favor de un tercero o terceros, porque ello importa un contrato no permitido en los testamentos; y, segundo, cuando sea a título de disposición recíproca o mutua, en que la voluntad se ha expresado con miras a un interés determinado, como si fuera una disposición en que ambos pretenden sacar provecho.

Cuando estos vínculos no existen, según él, no habría razón para declarar nulo el acto; la prohibición no mira a la forma misma, sino al contenido que liga a las personas, y viene a hacer irrevocable un acto que por su naturaleza debe ser variable.

Después de citar a Llerena, insiste en que no es la forma conjunta lo que se prohíbe, sino el objeto que se proponen al ejecutar el acto.

El acto sería válido cuando fuera hecho conjuntamente sin el objeto

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

mencionado. Es necesario reunir las dos condiciones expresadas para anular el testamento.

Fornieles (6)(43) afirma: El testamento es un acto jurídico unilateral y personalísimo, porque repugna la intervención de otra persona que no sea el otorgante.

Debe ser la expresión directa de la voluntad del testador (art. 3619), de ahí que no se permitan los testamentos conjuntos.

En ese mismo sentido nos hemos pronunciado en otra oportunidad (7)(44), al decir: "La determinación de la voluntad debe ser un acto esencialmente libre, por cuyo motivo el testamento no puede ser hecho en el mismo acto por dos o más personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua, como dispone el art. 3618, Cód. Civil.

El motivo de la prohibición del art. 3618, dice Fornieles, no reside tanto en la revocabilidad, pues nada impediría que lo revoque por su sola cuenta, sino en el propósito de que se haga con entera libertad, sin influencia extraña.

En el caso del testamento ológrafo es imposible que sea hecho por dos personas, porque debe ser escrito de puño y letra del testador, y es imposible verificar la misma escritura de dos personas.

Lo mismo ocurre en el otorgado por acto público, porque es difícil que un escribano reciba la declaración conjunta de dos personas. Es difícil, pero no imposible, como ha sucedido en el caso del fallo que motiva este estudio.

No hay testamento conjunto si no se hace en el mismo acto.

Así, dos testamentos ológrafos hechos en la misma hoja separada e independiente en el anverso y reverso, no sería testamento conjunto. La doctrina sobre este particular es uniforme.

En cuanto a los testamentos conjuntos hechos en el extranjero, sostiene Fornieles, donde son permitidos según la ley del lugar, son válidos, por lo que tienen fuerza entre nosotros. Así lo ha resuelto la Cámara Civil 2ª de la Capital (8)(45). Es una cuestión de forma; pero si el juez encuentra que su contenido afecta el orden público no le haría lugar. La forma reviste el carácter de un elemento extrínseco.

Prayones (9)(46) sostiene que el testamento debe ser un acto individual, no puede haber, en la redacción del testamento, coparticipación alguna.

En el antiguo derecho existía el testamento mutuo o mancomunado que hacían dos personas en favor del que sobreviviera; era frecuente entre marido y mujer. Nuestra ley no lo admite por las dificultades que se producían cuando uno de los cónyuges cambiaba de voluntad.

Nuestro Código prohíbe los llamados testamentos de hermandad, pero los testamentos recíprocos pueden ser hechos separadamente.

En esta forma la revocación no se subordina a la voluntad del otro. El derecho de cambiar de forma de pensar lo establece el art. 3824 y cualquier restricción es de ningún valor.

Salas (10)(47) cita las siguientes sentencias concordantes con esa doctrina, una de la Cámara Civil 1ª de la Capital (11)(48), que sentenció: "La norma se refiere únicamente al testamento hecho por varias personas en el mismo acto. Si se trata de testamentos distintos y separados, la reciprocidad no

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

está alcanzada por la prohibición legal".

Otra de la Cámara Civil 2ª de la Capital (12)(49), que dejó sentado: "Es válido en nuestro país el testamento recíproco hecho conforme a las leyes del lugar de su otorgamiento".

Para Lafaille (13)(50), el testamento presenta el carácter de ser un acto individual, personalísimos en el sentido que debe ser efectuado por el mismo titular.

En virtud de esta cualidad, deben considerarse eliminados los testamentos llamados conjuntos, que eran admisibles en nuestro país antes de la sanción del Código Civil.

Esto rompía la idea del testamento personal y tenía el inconveniente jurídico y práctico de que para dejarlo sin efecto debía reunir el conjunto de ambas voluntades, lo que derogaba otro principio forzoso en materia de testamentos cual es el de ser un acto eminentemente revocable.

Lo dispuesto por el art. 3618 no impide que dos personas puedan de común acuerdo hacer dos testamentos separados, con lo que cada uno puede dejar sin efecto el suyo cuando le parezca oportuno.

Finalmente, para no incurrir en repeticiones contenidas en las obras de otros autores, pasamos a Bibiloni (14)(51). que proyectó:

"Un testamento no puede ser hecho conjuntamente por dos o más personas en un mismo instrumento, sin perjuicio de lo establecido en este proyecto sobre división de los bienes hechas por los padres.

A cuyo efecto, en el artículo 3514, relativo a la división hecha por el padre y la madre y los otros ascendientes entre sus hijos y descendientes, suprimió el párrafo final: "y también, por actos esenciales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones".

Daba los siguientes argumentos: El padre y la madre, si viven, ejercen la patria potestad, con exclusión total de los otros ascendientes, y no se comprendería cómo el abuelo, en vida de aquéllos pudiera dividir los bienes que correspondieran a los nietos en la sucesión de los padres.

Por su parte, la Comisión Reformadora de 1936 (15)(52), en el Informe, sostiene que los arts. 3618 a 3621 se reproducen ordenados y corregidos convenientemente. Destaca que no acepta el testamento conjunto, ni siquiera en el caso que proyectaba Bibiloni, de división hecha por los padres, en el entendimiento de que los perjuicios y dificultades que de ello resultarían serían mayores que las ventajas esperadas.

En mérito de ello, en el art. 3619 dispuso: "Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador...".

### **III. OPINIÓN DE LOS AUTORES FRANCESES**

En Francia, la mayoría de los autores y la jurisprudencia sostienen que la prohibición del art. 968, Cód. Civil, fuente de nuestro art. 3618, no es una regla de fondo sino simplemente de forma; así, Carpentier (16)(53)

Demolombe (17)(54) es de la misma opinión. Afirma que está contenida en la sección consagrada a las reglas generales sobre las ormas de los testamentos, y, por la naturaleza de las cosas, no afecta la capacidad del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

otorgante ni el fondo del documento.

Aubry y Rau (18)(55), terminantes, dicen: no toca la capacidad de los disponentes ni las disposiciones que contiene el testamento conjunto. La prohibición del art. 968 se refiere a la forma de expresar la voluntad de los testadores. De ahí que un testamento hecho por franceses en un país que admite el testamento en esa forma deba ser cumplido en Francia. Por el contrario, Baudry Lacantinerie y Colin (19)(56) piensan que es una norma de fondo.

**IV. EL FALLO QUE SE PUBLICA EN LA SECCIÓN JURISPRUDENCIA**

Previamente a la anotación del fallo mencionado, debemos considerar si la norma del art. 3618 es de forma o de fondo; el orden público y la validez de los testamentos recíprocos otorgados en países extranjeros.

Nuestros tribunales han establecido que el testamento recíproco conjunto hecho conforme a la ley del lugar de su otorgamiento, por el cual los disponentes que no tienen herederos forzosos legan sus bienes a una persona extraña, es válido, por aplicación de la regla locus regit actum, Cód. Civil, arts. 12, 3283 y 3612.

El art. 3618, Cód. Civil, que prohíbe esta clase de testamentos. instituye una regla de forma y no de fondo, y no vulnera ningún principio de orden público. Porque el art. 3618, que prohíbe los testamentos conjuntos, recíprocos o mutuos, instituye una regla de forma, relativa al modo de expresarse la voluntad de los testadores, que no hace a la capacidad de éstos ni al fondo mismo de las disposiciones que el acto contiene.

Machado (20)(57) y Llerena (21)(58) se pronuncian por la validez del testamento hecho en el extranjero de acuerdo con la ley del lugar del otorgamiento.

Lafaille, Rébora y Fornieles no se pronuncian al respecto y no tratan la cuestión.

Alcorta (22)(59) se pronuncia en sentido contrario, arguyendo que el testamento conjunto está prohibido por razones de orden público y social y puede dar lugar a engaños y sospechas que la ley debe impedir, si quiere dejar a la transmisión de los bienes por la muerte una libertad plenamente garantida.

Igualmente, Romero del Prado (23)(60) dice: "El problema es de los que yo llamo de posición". Aunque no se trate de una forma extrínseca del acto - única en que es aplicable el principio locus regit actum -, como tampoco tiene atinencia con la capacidad del testador ni con las disposiciones en sí, personalmente me inclino a considerarla como una cuestión de forma.

Aun así, es preciso examinar si aquella disposición es de orden público, porque, si lo fuera, la ley extranjera no sería aplicable (art. 14, Cód. Civil).

La noción de orden público varía en el tiempo y en el medio social. Salvat (24)(61) lo define como el conjunto de principios de orden superior, políticos, morales y, algunas veces, religiosos, a los que una sociedad considera estrechamente vinculadas la existencia y conservación de la organización social establecida.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Según Vico (25)(62), "El orden público consiste en un conjunto de ideas y normas fundamentales, comprendidas algunas en la legislación, otras mezcladas en el sentimiento social, que hacen incompatible con la legislación local el contenido de una norma jurídica extranjera y eximen a los Tribunales de su aplicación, aun en los casos en que esa aplicación esté indicada por la técnica del Derecho Internacional Privado".

Romero del Prado (26)(63) transcribe el voto que el Instituto de Derecho Internacional dio en el año 1910, que es el siguiente:

"Que para evitar la incertidumbre que se presta a la arbitrariedad del juez y compromete por ello mismo el interés de los particulares, cada legislación determine, con toda la precisión posible, aquellas de sus disposiciones que no serán nunca dejadas de lado por una ley extranjera, aun cuando ésta pareciera competente para regir la relación de derecho en cuestión".

En nuestro Derecho Civil, por normas expresas o por interpretación jurisprudencial, el orden público es considerado en cuanto se refiere al estado y capacidad de las personas, al régimen de la familia, la legítima de los herederos forzosos, orden sucesorio, leyes de previsión social, etcétera. No basta que el legislador declare como de orden público a una ley para que realmente lo sea; es necesario examinar, en cada caso, si presenta tal carácter, que su violación altere tales principios.

Para José G. Miguens (27)(64), la prohibición del testamento recíproco no tiene esas características. Las razones dadas por Vélez, según él, son de orden práctico y no se pretende que aquél comprometa normas fundamentales de nuestra legislación o el espíritu de nuestras instituciones.

Dice: Creo que debe apreciarse el lugar de su otorgamiento, lo que interesa es que esos testamentos tengan validez en el país de su otorgamiento.

Lagos (28)(65) sostiene: La forma de los actos se regula por las leyes del país en que se otorgaron - locus regit actum -, como lo corroboran los arts. 12 y 3685, Cód. Civil.

Desde luego que se está en los dominios del Derecho Internacional Privado, y así lo enseñaron Demolombe, 1, 105; Aubry y Rau, N° 31; Laurent, 1, 80; Huc, 1, 168; Félix, Droit International Privé, 3, 107; Audinet, 347.

Se trata de conflictos de las leyes relativas a la forma, es decir, a las condiciones legales a que se subordina su manifestación exterior.

Fue Demoulin quien hizo triunfar sobre Cujas el principio de que la forma se rige por la ley del lugar de celebración del acto.

La norma, en el siglo XVIII, ha tenido su origen en el interés común de las naciones porque sin ella sería imposible a los hombres que se encuentran fuera de su tierra cumplir ciertos actos de la vida civil. Quedarían expuestos a frecuentes errores si se les prohibiera proceder de acuerdo con las leyes del lugar en que se encuentran.

Entre la teoría de la territorialidad de la ley y la personalidad de la ley, el legislador adoptó un sistema intermedio, el de la cortesía internacional, comitas gentium, que atempera el principio de la independencia de los Estados en consideración a los respetos que se deben mutuamente y para el mejor cuidado de sus intereses recíprocos. El sentimiento de los deberes

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que se deben los unos a los otros los obliga a tolerar, en ciertos casos, la legislación extranjera en su territorio. Ello no quiere decir que ha de admitirse cualquier testamento recíproco en nuestro país.

Hay que distinguir la forma del acto jurídico de las disposiciones que contiene. La forma puede ser perfecta y sus disposiciones contrarias a ciertos principios esenciales de nuestras leyes. El art. 14, Cód. Civil, se ocupa de ellos. La regla se aplica a las formas externas, que tienen por efecto constatar un acto jurídico o una convención.

En resumen, la norma del art. 3618. Cód. Civil. es de forma y no de fondo. Así lo enseñan, interpretando el art. 968, Cód. Civil francés: Dalloz, J. G., N° 2577; Merlin, Repertoire, testament conjuntif, 3; Coin Delisle, Comm. du titre, 111: Demolombe, XXI, 476; Vincent, Diccionario de Derecho Internacional Privado, verbo "testamento".

Valga la digresión, tendiente a demostrar que el art. 3618, si bien contiene una norma de forma, ésta, para nuestro derecho, reviste el carácter de esencial, como lo son todos los requisitos de forma de los testamentos, ya se refieran a la fecha, a la escritura, etc., como a los testamentos conjuntos hechos por varias personas, porque atentan la libertad de actuación.

Y por extensión, en cuanto a la validez de los testamentos conjuntos, hechos en el extranjero, la conservan cuando se acomodan a la ley del lugar de otorgamiento.

Pasando al fallo de la Cámara Nacional Civil del 5/2/81, publicado en E.D. del 26/8/81, afirmamos que existen normas formales cuya contravención causa la nulidad del acto.

Tal ocurre con las donaciones de inmuebles y de prestaciones periódicas y vitalicias, en las que la reforma de la ley 17711 ha mantenido, en esos dos casos, la obligación de su otorgamiento ante escribano, bajo pena de nulidad. No es de aplicación, en tales casos, la disposición del art. 1185. Lo mismo sucede con la contravención al art. 3618, que coloca el testamento en oposición al orden público, por afectar la libertad de obrar del disponente que establecen los artículos 3619 y 3824, Cód. Civil: "Debe ser la expresión directa de la voluntad del testador", y "El testamento es revocable a voluntad del testador. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto".

El testamento conjunto adolece de una deficiencia formal esencial en cuanto contraviene dichas normas. No es, como sostiene la sentencia, por estar en juego la familia y la propiedad.

Lo que está en juego es la libertad del testador para obrar a su voluntad, que es lo que requiere el Código.

La sentencia está ajustada a la letra del art. 3618, Cód. Civil, en cuanto declara inadmisibles las limitaciones de la nulidad a los casos en que el contenido resulte captatorio.

Y también es acertada al admitir, como lo sostiene el codificador en la nota del art. 3618, que dos testamentos simultáneos; pero hechos en actos independientes, son válidos.